

## 0 ESTADO COMO FOMENTADOR DA INICIATIVA PRIVADA — O CASO DAS MICROEMPRESAS

Clóvis Sá Britto Pingret (\*)

*Introdução — 1. Funções do Estado moderno — 2. Microempresa e concorrência — 3. Microempresa — sujeito ou objeto de direito — 4. Controle de constitucionalidade das discriminações. Conclusões.*

### *Introdução*

Não têm sido infrequêntes as perplexidades no que concerne ao tratamento dispensado às microempresas, tendo em vista o postulado da livre concorrência constitucionalmente estabelecido (CF/88, art. 170, IV), ressalvado, mais adiante, por disposição que refere expressamente o tratamento privilegiado a essas entidades (CF/88, art. 170, IX).

Tendo lei complementar, editada pelo Poder Central, estabelecido as normas gerais para a caracterização das microempresas e seu tratamento em nível tributário, trabalhista etc. (LC 48/84), não têm sido poucos os questionamentos a que se têm submetido diplomas locais quanto à caracterização ou descaracterização de tais entidades para fins tributários, sobretudo em face do princípio da isonomia. Daí por que se faz necessário perquirir as razões desse tratamento privilegiado, a fim de se verificar a consistência das arguições de inconstitucionalidade que se têm formulado.

### *1. Funções do Estado moderno*

Em primeiro lugar, tenha-se presente que nem o sistema econômico, nem o Estado são realidades ontológicas, mas puras construções culturais. Assim,

(\*) Procurador do Estado do Rio Grande do Sul.

as definições dos institutos não constituem algo que se deva buscar em campos metafísicos, em uma ordem natural sempiterna, mas sim no que estabelecido pelo próprio ordenamento jurídico. Daí decorre que as funções do Estado não estão determinadas *a priori*, mas sim pelo que se acha estabelecido na Lei Fundamental, conforme sustenta, com apoio nas lições de *Washington Peluso Albino de Souza* e *Eros Roberto Grau*, o Procurador do Estado do Rio Grande do Sul, *Ricardo Antônio Lucas Camargo* «Desenvolvimento econômico e segurança jurídica». *Textos da 13.ª Conferência Nacional da OAB*. Belo Horizonte, 1990, pág. 188). Destarte, não há muito sentido em se falar em retorno do Estado às suas funções naturais, porquanto nenhuma de suas funções decorre da natureza. De mais a mais, o Estado vem sofrendo inúmeras transformações, pelo que está na ordem do dia a discussão sobre seu papel, salienta *Luíza Helena Moll* (*Apud Ricardo Antônio Lucas Camargo, op. cit.*, pág. 188).

De se lembrar com *Aurélio Wander Bastos*, apoiado em *Bobbio* e *Álvaro Mello Filho*, que «o Estado cresceu para além de sua função protetora repressora, aparecendo até muito mais como produtor de serviços de consumo social, regulador da economia e produtor de mercadorias, ampliando seu sistema de sanções positivas e viabilizando o seu direito público subjetivo não apenas para fixar penas, mas também para premiar aqueles que atenderem às suas provocações de mudança social, ou até estendendo aos próprios organismos da comunidade o direito de acionar, apoiando-se no Direito público subjetivo» (*Introdução à teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1992, pág. 96). Isso porque, de acordo com *Ricardo Antonio Lucas Camargo*, forte na autoridade de *Washington Peluso Albino de Souza* (*Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1980, págs. 129-30), *Clóvis do Couto e Silva* («O planejamento na economia brasileira». *Revista dos Tribunais*, 679:21), *Ana Maria Ferraz Augusto* («Incentivos: instrumentos jurídicos do desenvolvimento». *Enciclopédia Saraiva de Direito*, 43:216-8) e *Modesto Carvalhosa* (*Direito Econômico*. São Paulo: RT, 1973, pág. 353), «numa ordem econômica animada por uma ideologia em que se mesclam elementos liberais e dirigistas, mas que consagre a liberdade de iniciativa, seria, efetivamente, um contra-senso que se pudesse compelir autoritariamente o particular a exercer a atividade produtiva num regime intervencionista. Haveria necessidade da instauração de uma situação que apresentasse vantagens para o agente econômico». (*Breve introdução ao Direito Econômico*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993, pág. 48). É assim que, como doutrina *Washington Peluso Albino de Souza*, «temos os prêmios, os estímulos, as seduções, financiamentos, incentivos fiscais e assim por diante. Constituem o expediente pelo qual o particular é atraído para participar das diretrizes de política econômica traçada, sem que o Estado atue diretamente na prática da atividade econômica, porém, que o leva a vê-la concretizada» (*op. cit.*, pág. 129). Integram, assim, os incentivos a engrenagem de um dos mais eficientes mecanismos do capitalismo moderno: a concertação, assim definida pela *juseconomista* gaúcha *Luíza Helena Moll*:

«Entende-se como expediente capitalista de concertação os papéis que o sistema econômico atribui às relações entre capital e trabalho, distinguindo atores específicos para funções determinadas. Tais são os sindicatos das categorias profissionais, trabalhadores e as áreas econômicas propriamente ditas, os bens estratégicos ou não para a economia, o uso e a ocupação da terra, a exploração da riqueza do subsolo, a ciência e a tecnologia etc... tendo como fim precipuo o ajuste do modelo de gestão da economia e visualizando um acordo de interesses em que se pode tanto neutralizar o conflito, quanto persuadir os agentes da justiça da distribuição possível, salientando-se que não é a concertação equivalente da conciliação ou do consenso» (Prefácio. In: Camargo, Ricardo Antônio Lucas. *Direito Econômico e reforma do Estado — I — a experiência européia de Constituição Econômica socialista: bases para a crítica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, Data, 1994, pág. 9).

É a partir daí que se entende o porquê de ter o Estado capitalista moderno feito inserir, dentre suas funções constitucionais, a de incentivo (CF/88, art. 174, *caput*), com o que, no dizer do *juseconomista* máximo do País, Washington Peluso Albino de Souza, «os princípios liberais foram exacerbados a ponto de se ferirem neste dispositivo, pois que o estímulo e o apoio do Estado não deixam de se contrapor ao princípio puro do *laissez faire, laissez passer*.» (op. cit., pág. 337. O autor refere-se ao art. 170, *caput*, da Emenda Constitucional 1/69).

## 2. Microempresa e concorrência

Entende-se, hodiernamente, que a concorrência, deixada a si, tende à sua autonulificação. É de Werter R. Faria, do alto de sua autoridade de Professor Titular da UFRGS e ex-Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, o escólio no sentido de que «o sistema de concorrência faz com que as empresas destinem os fatores de produção ao uso mais eficiente para a satisfação dos desejos dos consumidores, e os preços variem conforme a atuação das forças de mercado. Se o poder econômico interfere nesse processo, de modo a bloquear ou distorcer o funcionamento da produção por via de acordo entre empresas ou abuso de posição dominante, a autoridade competente para intervir no mercado deve impor sanções e determinar a cessação das práticas anticoncorrenciais» (*Constituição Econômica — liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990, pág. 138). Observa-se que nem todos têm iguais condições de enfrentar a luta no mercado, pelo que se procuram corrigir as distorções, quer pela criação de legislação antimonopolista, quer pela criação de compensações. É ainda Washington Peluso Albino de Souza quem estabelece a premissa necessária à compreensão do tema:

«O Estado, em face de seus princípios ideológicos, permite que as empresas atuem livremente no mercado, apenas agindo quando necessário para salvaguarda de seus próprios princípios e dos interesses individuais e coletivos deles correntes» (*Primeiras linhas de Direito Econômico*. 2.<sup>a</sup> ed. Belo Horizonte: Fundação Brasileira de Direito Econômico, 1992, pág. 319).

No que toca às microempresas, a proteção é outorgada à vista de se entender entrarem no mercado em condições de desvantagem em relação às outras. Daí por que se lhes dá, por exemplo, tratamento tributário diferenciado. Entretanto, em face de determinadas peculiaridades, ainda que, por suas dimensões, possa uma empresa, em princípio, enquadrar-se na proteção legal, é perfeitamente possível verificar que essa situação de desvantagem não se configuraria, não cabendo, por conseguinte, invocar a condição de micro para fazer jus ao tratamento privilegiado. Neste caso, outorgar-lhe a proteção implicaria um falseamento do princípio constitucional da livre concorrência. Convém enaltecer que a função de fomento, constitucionalmente prevista, somente se mostra legítima quando inserida no contexto de uma política de caráter geral. Isso porque o Estado, lembram *Hely Lopes Meirelles* (*Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: RT, 1991, pág. 81) e *Celso Antônio Bandeira de Mello* (*Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 1991, pág. 69), não se destina a beneficiar ou a perseguir este ou aquele indivíduo. Regido que é pelo princípio da impessoalidade (CF/88, art. 37, *caput*), o aparato estatal se destina à prestação de serviços a toda a coletividade, concretizando, ao se definir como Estado Democrático de Direito, os objetivos definidos constitucionalmente (*José Afonso da Silva. Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: RT, 1990, pág. 562). Fora daí, o que se verifica é uma distorção que deve ser combatida, decorrente de uma concepção, segundo a qual o Poder Público só é legítimo na medida em que se apresenta como um servo do poder econômico privado, convertendo os incentivos em pura expressão de corporativismo empresarial (*José Eduardo Faria. Direito e economia na democratização brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1992, pág. 145). Com exemplar didatismo, *Washington Peluso Albino de Souza*:

«O Poder Econômico Privado, na afirmativa da 'ação econômica' praticada pelo particular, apresenta-se como conteúdo econômico da norma jurídica. Mas, por sua vez, esta 'ação econômica' se compõe de elementos que são outros tantos dados indispensáveis à compreensão desse conteúdo.

Assim, a prática da ação decorre de uma 'decisão' do sujeito no sentido de 'objeto'. O 'interesse' pelo 'lucro' aí se manifesta, portanto.

Além disso, temos que considerar os modos de exercício desse Poder. Eles configuram o 'comando'. Na 'economia de mercado', a

'concorrência' surge como campo de manifestação do comando. Mas esta concorrência se manifesta pelos mais diversos modos, variando desde a mais 'pura', a 'concorrência perfeita', e passando por uma graduação de imperfeições que chegam até à idéia de sua eliminação, no monopólio». (*Primeiras linhas*, cit. pág. 177).

### 3. Microempresa — sujeito ou objeto de Direito

Assiste, efetivamente, razão a Aroldo Plínio Gonçalves quando afirma que a proteção dada à microempresa «surgiu numa tentativa de desburocratização da atividade econômica, e em uma tentativa de possibilitar que as unidades produtivas de pequeno porte pudessem se tornar eficientes agentes de produção de bens ou serviços dentro da legalidade» («Sociedades por quotas de responsabilidade limitada — fundamentos para um anteprojeto de lei». *Atualidades jurídicas*. 3:35). Entretanto, presa de seus preconceitos privatísticos, nega o caráter subjetivo à microempresa, apresentando como fundamento o que se segue:

«O ponto relevante é o da atividade, tanto que a lei considera microempresa a pessoa jurídica e a firma individual cuja receita bruta anual se limita ao teto legalmente estipulado» (*Ib.*, *ibid.*, pág. 35).

Passou o ilustrado Professor Titular da UFMG ao largo do simples fato de que a receita bruta é um qualificativo da *pessoa* e não da *atividade*. A legislação, ao contrário, dá razão a Washington Peluso Albino de Souza:

«Adotaremos a sua condição de 'sujeito' do ato jurídico-econômico, por sua conceituação mais moderna, respaldada pela maior frequência no uso do vocábulo pela legislação corrente, e apesar das exceções, nas quais o legislador adota o conceito de atividade para caracterizá-la. O mesmo acontece, especialmente, com os doutrinadores, com destaque para os comercialistas, muitos dos quais insistem em permanecer no entendimento de que a sociedade e o empresário não se confundem com a 'empresa', sendo esta a 'atividade'.

Porque ela se integra na Política Econômica como seu importante instrumento, o Direito Econômico preocupa-se com sua atuação, chega a traçar-lhe normas de conduta e a impor-lhe obstáculos e limitações, bem como a cogitar de seu próprio destino, quando as medidas de Política Econômica venham a prejudicá-la.» (*Primeiras linhas*, cit., págs. 188-9).

Não se pode esquecer que o tratamento favorecido outorgado às microempresas somente deve ser entendido na conformidade com a ideologia constitucionalmente adotada. Não é por se dedicar a tal ou qual atividade que se enquadra a empresa como micro, mas sim pelo *resultado anual de sua atividade*. A se adotar o raciocínio contrário, chegar-se-ia à solução manifestamente an-

tagônica ao texto da lei de não se considerar, por exemplo, uma empresa de confecção como micro, a despeito de seu faturamento, pelo fato de existirem confecções de grande porte ou de se atribuir o *status* de micro às Casas Pernambucanas. Estabelecido, de outra banda, o *standard* sob o aspecto contábil, abre-se a possibilidade de o legislador, ao detalhar o tratamento a se conferir à microempresa, definir os critérios mercê dos quais uma empresa, malgrado sua dimensão, poderia converter-se num tal somatório de poder econômico que não se justificaria sua classificação como micro. Daí por que é perfeitamente possível, nesse caso, o estabelecimento de distinções sem malfeiramento do princípio da isonomia. Eis por que se mostra corretíssima a postura de Artur José Almeida Diniz (Nota a: Souza, Washington Peluso Albino de. «Direito Econômico». São Paulo, Saraiva, 1980. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. 54:169) e Ricardo Antônio Lucas Camargo (Breve introdução, cit., págs. 44) ao guardarem a constante fidelidade às lições do mestre Washington Peluso Albino de Souza («Direito Econômico» cit., págs. 306-7), tratando a empresa como *sujeito de Direito*. É esta postura que permite a compreensão do fenômeno assinalado pelo mesmo Professor Titular quanto a não ser a maior empresa necessariamente a que apresenta a maior possibilidade de influenciar o meio em que se move (*Id.*, *ibid.*, pág. 319).

#### 4. Controle de constitucionalidade das discriminações

Não se extraia daí, contudo, a tese segundo a qual, em face da Constituição, seria possível ao legislador estabelecer arbitrariamente qualquer tipo de distinção. O norte para o intérprete — é Washington Peluso Albino de Souza quem o diz («Conflitos ideológicos na Constituição Econômica». *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. 74-75:27) — está no art. 170 da Constituição, que define os fundamentos e princípios da ordem econômica. E a quantos pretendam argumentar que a aparente ausência de coerência lógico-formal no tratamento da ordem econômica seria um fenômeno típico de país terceiro-mundista, apto a provocar a insegurança nas relações entre o Estado e o mercado, seria útil a leitura de estudo elaborado sob a inspiração de Washington Peluso Albino de Souza por Ricardo Antônio Lucas Camargo (*Direito Econômico e reforma do Estado* — 2 — o «liberalismo» na experiência francesa, alemã, italiana e comunitária. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, Data, 1994, pág. 60). Assim, ao invés de se procurar conformar a realidade a preconceitos ligados a modelos ideológicos puros, o que se deve é verificar a consistência das arguições de inconstitucionalidade a partir da possibilidade de enquadramento em qualquer dos dados ideológicos constitucionalmente definidos (Washington Peluso Albino de Souza. *Conflitos*, cit., pág. 36).

#### Conclusões

1 — O fomento, enquanto função do Estado, constitui a engrenagem de um dos mais eficientes instrumentos do capitalismo moderno: a concertação.

2 — *Através do fomento, conseguiu-se fórmula para enquadrar a iniciativa econômica privada no contexto da política econômica estatal sem nulificar o livre exercício da atividade particular enquanto direito fundamental.*

3 — *No que diz respeito às microempresas, o tratamento privilegiado que se lhes outorga decorre da posição de desvantagem em que presumidamente ingressam no mercado.*

4 — *Ainda que, por seu faturamento, possa a empresa se enquadrar na definição legal, esta se vê afastada quando se verificar a capacidade que tem a pretensa micro de influir no contexto em que atua.*

5 — *A conclusão anterior se vê reforçada pelo fato de a legislação às microempresas concernente tratá-las como sujeito de direito.*

6 — *O poder de o legislador estabelecer os critérios para a ressalva à definição legal não é absoluto, já que se baliza pelo roteiro traçado no art. 170 da CF/88.*